

VU Research Portal

Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit?

Akkermans, A.J.

published in

Tien pennestreken over personenschade
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

CC BY-NC

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J. (2009). Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit? In T. Hartlief, & S. D. Lindenbergh (Eds.), *Tien pennestreken over personenschade* (pp. 87-105). SDU Uitgevers.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

6 **Wedden op een uit de race genomen paard: naar een bijzondere bewijsregel voor het bewijs van schade en causaliteit?**

Arno Akkermans¹

6.1 **Inleiding**

‘Op een paard dat hij eerst zelf uit de race heeft gehaald behoort de aansprakelijke niet te wedden’. Dit adagium van Lowik Eykman, tot ons gekomen via het bekende boekje over personenschade van Hessel Bouman en Otto van Wassenauer,² vond in een meer prozaïsche vorm zijn weg naar het arrest *Vehof/Helvetia*,³ waarin de Hoge Raad overwoog dat:

‘aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen, geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.’⁴

Het gaat hier om meer dan een regel op het gebied van de bewijswaardering bij arbeidsvermogensschade. In de gedachte dat een slachtoffer tegemoet moet worden gekomen bij het bewijs van de hypothetische situatie zonder ongeval, kan bijvoorbeeld ook een fatsoensregel worden gelezen.

1 Hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Met dank aan Hessel Bouman, Dineke de Groot en Ton Hartlief voor hun opmerkingen bij eerdere versies van deze bijdrage.

2 H.A. Bouman en A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, *Schadevergoeding: personenschade*. Monografieën Nieuw BW B-37, 1e druk, 1991, Deventer, Kluwer. De 2e druk uit 1998 is van Hessel Bouman en Geertruid van Wassenauer, en de 3e druk uit 2008 is verzorgd door Geertruid van Wassenauer. In de 3e druk is het adagium te vinden op p. 67 bovenaan.

3 HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624. A-G. Hartkamp verwijst in zijn conclusie onder 12 naar H.A. Bouman in het *Handboek Personenschade* 3030-10.

4 R.o. 3.5.2.

Zelf betoogde ik eens dat het letselschadeslachtoffer de zwakke plekken in zijn persoon (zijn gezondheid en zijn vermogen om carrière te maken) in rechte slechts met de nodige terughoudendheid behoort te worden voorgehouden, omdat het slachtoffer recht heeft op respect. Het slachtoffer kan niet langer bewijzen wat hij waard zou zijn geweest in de hypothetische situatie zonder ongeval. Tegen het afdingen op (de gevolgen van) zijn persoonlijke kwaliteiten in die hypothetisch geworden situatie kan hij zich slechts zeer beperkt verweren.

‘Het gaat niet aan dat de aansprakelijke partij het slachtoffer van letsel in rechte ook nog eens zoveel mogelijk gaat kleineren teneinde de omvang van zijn schadevergoedingsplicht zoveel mogelijk te beperken, ook niet als daar objectief gezien best enige aanknopingspunten voor bestaan. Dat is geen logische maar een rechtspolitieke opdracht, geen kwestie van ‘balance of probabilities’, maar van goede zeden’,

zo schreef ik in 1999.⁵ Ik meen nu beter te weten dan toen. Er kan wel degelijk ook een logische redenering aan het adagium van Eykman en de bewijswaarderingsmaatstaf van de Hoge Raad ten grondslag worden gelegd. En die redenering treft niet alleen doel bij het bewijs van arbeidsvermogensschade, maar in alle gevallen van onrechtmatige daad of wanprestatie, mits de aansprakelijkheidsgrond als zodanig maar reeds vaststaat. Sterker nog: zij heeft niet alleen gelding bij het bewijs van schade, maar ook bij het bewijs causaal verband in de zin van *condicio sine qua non*.

Het twintigste symposion van de LSA is aanleiding om de grote lijnen te bespreken van een aantal thema's. Van het onderhavige thema zou ik die grote lijn als volgt willen aanduiden: een blik terug laat zien dat in het adagium van het uit de race genomen paard de wortel besloten ligt van een van de meest gezichtsbepalende bewijsregels met betrekking tot arbeidsvermogensschade; een blik vooruit doet de mogelijkheid ontwaren dat de gedachte achter adagium en bewijsregel uiteindelijk zal leiden tot het aannemen van een bijzondere bewijsregel voor het gehele gebied van het bewijs van causaliteit en schade. Aan het eind van de rit zou het racepaard ons wel eens kunnen brengen bij behoorlijk vergaand ‘out of the box’-denken over het bewijsrecht op het gehele terrein van de schadevergoeding.

5 A.J. Akkermans, ‘Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?’, VR 1999, p. 65-69, p. 68.

Ik schreef eerder over dit onderwerp,⁶ ook samen met anderen,⁷ en zal in het navolgende het betreffende denkparcours opnieuw uittekenen, naar ik hoop ontdaan van eerdere onvolkomenheden. Daarna is mijn voornemen om over dit onderwerp niet meer te schrijven. Het racepaard moet geen stokpaardje worden.

6.2 Het racepaard geeft de heersende leer het nakijken: de (veronderstelde) niet-toepasselijkheid van het bewijsrecht op de schadevaststelling

Vehof/Helvetia wordt vaak geciteerd en kan, zoals gezegd, worden gezien als een van de gezichtsbepalende uitspraken op het gebied van het bewijs van arbeidsvermogensschade. Minder aandacht trekt het feit dat het arrest op gespannen voet staat met de heersende leer inzake het bewijsrecht bij de schadevaststelling. Volgens die heersende leer bestaat met betrekking tot het proces van de schadevaststelling een uitzondering op de gewone regels van het procesrecht: bij de schadevaststelling is de rechter niet gebonden aan de regels van stelplicht en bewijs.⁸ Dit wordt wel zo opgevat dat de gewone regels van het bewijsrecht 'niet van toepassing' zijn. Dat laatste is in zoverre niet juist, dat het een niet noodzakelijk uit het ander voortvloeit. Dat de rechter niet verplicht is de betreffende regels toe te passen, laat immers de mogelijkheid open dat hij dat in concreet geval wel degelijk doet.⁹ Toch heeft dit misverstand ook de Hoge Raad al eens parten gespeeld, toen hij overwoog dat de gewone regels van stelplicht en bewijslast 'niet gelden' bij de schadebegroting op de voet van art. 6:97 BW.¹⁰ Maar ook als men in acht neemt dat de rechter aan het bewijsrecht alleen maar 'niet gebonden' is, hoe verhoudt zich dat met het feit dat in *Vehof/Helvetia* wel degelijk een bewijsregel wordt geformuleerd?

6 A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2002 (met name in hfdst. 12).

7 G. de Groot en A.J. Akkermans, 'Schadevaststelling, bewijslastverdeling en deskundigenbericht', *NTBR* 2007 p. 501-509.

8 Er zijn meer gevallen waarin de rechter niet is gebonden aan de regels van het bewijsrecht. Zie W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Serie Burgerlijk Proces & Praktijk, nr 3, Kluwer, Deventer, 2004, p. 34.

9 In deze zin: HR 24 december 1993, *NJ* 1995, 421, m.nt. CJHB. Ook Asser wijst hierop, a.w. (zie noot 7) p. 167.

10 HR 13 december 1996, *NJ* 1997, 682, m.nt. JdB.

De regel dat de rechter bij de schadevaststelling niet is gebonden aan de regels van het bewijsrecht, maakt deel uit van de vrijheid van de rechter bij de begroting van de schade. Tegenwoordig wordt deze regel wel teruggevoerd op art. 6:97 BW. De wijze van begroting van de schade is naar vaste rechtspraak sterk met de feiten verweven en kan in zoverre in cassatie niet op juistheid worden getoetst. Aan de motivering van de schadebegroting worden geen strenge eisen gesteld.¹¹ De oorsprong van deze benadering is oud. Scholten stelt in zijn noot bij een uitspraak van de Hoge Raad uit 1933 dat het een het gevolg is van het ander: wie de schade mag schatten, moet de bevoegdheid hebben zelf vast te stellen wat hij daartoe als grondslag neemt. Hij vermeldt dat het gaat om vaste rechtspraak en verwijst naar uitspraken van de Hoge Raad uit de jaren zeventig en tachtig van de negentiende eeuw.¹²

Het ligt inderdaad voor de hand dat degene die de schade mag schatten, niet met handen en voeten kan zijn gebonden. Maar dat de rechter categorisch niet aan het bewijsrecht zou zijn gehouden, is minst genomen een ongelukkige voorstelling van zaken. In werkelijkheid zijn er verschillende uitspraken van de Hoge Raad waarin de vaststelling van de uitgangspunten van de schadebegroting wel degelijk gepaard gaat met toepassing van de gewone regels van stelplicht en bewijs. Bovendien worden daarin specifieke nadere bewijsregels ontwikkeld. Ik bespreek vier arresten ter illustratie.

Vehof/Helvetia

Laten we allereerst eens nauwkeuriger kijken naar *Vehof/Helvetia* zelf. Vehof was gewond geraakt bij een verkeersongeval waarvoor Helvetia als WAM-verzekeraar aansprakelijkheid had erkend. In geschil was of Vehof schade leed wegens verlies van arbeidsvermogen. In dit verband had Vehof onder andere aangevoerd dat zij zich vóór het ongeval had aangemeld voor een opleiding in de ziekenverzorging, na het ongeval door een opleidingsinstel-

11 *Schadevergoeding* art. 97 aant. 16 en 19. Zie (o.a.) HR 18 april 1986, NJ 1986, 567, m.nt. G; HR 15 november 1996, NJ 1998, 314, m.nt. F.W. Grosheide; HR 13 december 1996, NJ 1997, 682, m.nt. JdB; HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196, m.nt. ARB; HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564, m.nt. ARB; HR 17 november 2000, NJ 2000, 215, m.nt. ARB; HR 29 maart 2002, NJ 2002, 270; HR 19 december 2003, NJ 2004, 348; HR 17 februari 2006, NJ 2006, 378, m.nt. MMM. Zie ook HR 27 april 2001, NJ 2002, 91, m.nt. CJHB.

12 HR 23 maart 1933, NJ 1933, p. 888, m.nt. PS. Zie: J.M. Barendrecht en H.M. Storm, *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, p. 331.

ling was aangenomen, blijkens een arbeidsdeskundig rapport 70% van de leerlingen de opleiding met goed gevolg afrondt en zij eerder vrijwilligersactiviteiten in de verzorgende sector had ontplooid. Zij was echter door een andere opleidingsinstelling afgewezen en het hof had op grond hiervan geoordeeld dat het niet aannemelijk was dat een redelijke kans bestond dat zij de opleiding zonder ongeval met goed gevolg zou hebben afgemaakt. Volgens de Hoge Raad was dat een onbegrijpelijk oordeel en klemde dat te meer omdat aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad. Het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied, aldus, zoals wij reeds eerder zagen, de Hoge Raad.

De Hoge Raad gaat als vanzelfsprekend uit van het bestaan van regels van bewijsrecht met betrekking tot de vaststelling van de schade. Eerst wordt overeenkomstig de hoofdregel van art. 150 Rv aangenomen dat op VEHOF tegenover de betwisting van Helvetia de bewijslast rust van een stelling op het rechtsgevolg waarvan zij zich beroept. Dat is een alledaagse toepassing van de gewone regels van stelplicht en bewijs. En vervolgens wordt een nieuwe regel geformuleerd specifiek voor het terrein van de letselschade, namelijk dat aan een benadeelde geen strenge eisen mogen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van de vergelijkingshypothese.

B./Olifiers

In de zaak *B./Olifiers*,¹³ ook een geval van letselschade, ging het niet anders. In deze zaak vorderde een onderwijzeres van een arts vergoeding van schade die zij stelde te lijden als gevolg van door hem gemaakte fouten bij knieoperaties. Zij stelde dat zij zonder schadevoorval tot haar zestigste levensjaar zou hebben gewerkt, hetgeen door de arts gemotiveerd werd bestreden: het waren immers knieklachten geweest waarvoor zij zich überhaupt tot de arts had gewend. Deze discussie betrof dus een door de rechter vast te stellen uitgangspunt van de schadebegroting. Niettemin hield de beslissing van

13 HR 13 december 2002, NJ 2003, 212. Zie hierover A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letselschade en medische expertise', TVP 2003 p. 93-104.

de Hoge Raad een stelsel van bewijsregels in. Volgens de Hoge Raad rust tegenover de gemotiveerde ontkenning van de arts op de onderwijzeres de bewijslast van de omvang van de schade waarvan zij vergoeding vordert, ook voor zover zij haar vordering baseert op verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid. Deze beslissing wordt klip en klaar gemotiveerd aan de hand van de gewone regels van stelplicht en bewijs, ondanks dat het evident gaat over de schadevaststelling. De onderwijzeres wordt conform art. 150 Rv tegenover de betwisting van de arts belast met het bewijs van een stelling waarvan zij het rechtsgevolg inroept. Vervolgens wordt – net als in *Vehof/Helvetia* – de harde uitkomst van de toepassing van de gewone regels – hoe kan iemand bewijzen dat zich een situatie zou hebben voorgedaan waarin hij door een fout van de aansprakelijke partij niet meer zal komen te verkeren – verzacht met de toevoeging dat de vraag of de onderwijzeres schade lijdt door verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke inkomenssituatie na het schade veroorzakende voorval met de hypothetische situatie bij het wegdenken daarvan, waarbij het aankomt op de redelijke verwachting van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen.¹⁴

Beelen/Advocaten

De gewone regels van stelplicht en bewijs werden ook toegepast in een onderdeel van de bekende zaak waarin vier opeenvolgende advocaten een beroepsfout hadden gemaakt wegens het niet aanzeggen van moratoire interessen op de voet van art. 1286 BW (oud).¹⁵ Aan deze beroepsaansprakelijkheidszaak lag een letselschadezaak ten grondslag. In de letselschadezaak had de Rechtbank Haarlem de schade, waaronder inkomensschade, begroot met gebruik van rapporten van bureau Pals. In de beroepsaansprakelijkheidszaak overwoog de Hoge Raad, op gronden die hier verder niet terzake doen, dat in dit geval bij de begroting van de schade in het voetspoor van de door de rechtbank gebezigde rapporten van Pals ervan moest worden uitgegaan dat de schadevergoeding periodiek aan het eind van elk jaar verschuldigd geworden was, over de bedragen waarvan telkens met ingang van de eerste dag van het volgende jaar wettelijke rente verschuldigd was geworden. De gewone regels van stelplicht en bewijs werden vervolgens toegepast in de overweging dat, nu de juistheid van de rapporten van Pals

¹⁴ HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624, rov. 3.5.2 (*Vehof/Helvetia*). Zie ook HR 14 januari 2000, *NJ* 2000, 437, m.nt. CJHB (*Van Sas/Interpolis*).

¹⁵ HR 17 oktober 1997, *NJ* 1998, 508 m.nt. JBMV.

met betrekking tot bepaalde onderdelen van de inkomensschade door de advocaten niet was betwist, de juistheid ervan in de beroepsaansprakelijkheidszaak vaststond.¹⁶

TFS/NS

Tenslotte verdient één van de arresten vermelding waarin de Hoge Raad heeft getracht de ‘omkeringsregel’ te verduidelijken.¹⁷ Een container met chemisch afval, die door NS naar Rotterdam is vervoerd, moest met een kraan van de wagon op de kade worden getild. Bij het tillen begon plotseling chemisch afval uit de losopening te spuiten. Als gevolg van de lekkage ontstond bodemverontreiniging. TFS vorderde de reinigingskosten, die na aansprakelijkstelling zijn vergoed aan de gemeente Rotterdam. Na de uiteenzetting van de Hoge Raad over de ‘omkeringsregel’, die hier niet relevant is, volgt een overweging over de omvang van de schade: de toepassing van de ‘omkeringsregel’ levert een vermoeden (van het csqn-verband) op dat zich niet zonder meer uitstrekt tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt. Conform de hoofdregel van art. 150 Rv rust de bewijslast van de omvang van de schade dus in beginsel op de benadeelde, die zich beroept op het rechtsgevolg van zijn – betwiste – stellingen.

6.3 Naar een voorstelling van zaken die meer recht doet aan het systeem van de wet en de rechtspraak?

Ik concludeerde het al eerder samen met Dineke de Groot: de rechtspraak van de Hoge Raad is zacht gezegd slecht verenigbaar met de gangbare voorstelling van zaken dat de rechter bij schadevaststelling niet aan bewijsregels gebonden zou zijn.¹⁸ Op grond van die rechtspraak zou men toch tenminste moeten zeggen dat in de rechtspraak ‘uitzonderingen op de uitzondering’ worden gemaakt die neerkomen op – soms verplichte – toepassing van de hoofdregels van stelplicht en bewijs bij de schadevaststelling. Maar de rechtswerkelijkheid zou beter worden weergegeven door een stap verder te gaan, en het zo voor te stellen dat de bedoelde uitzondering in werkelijkheid helemaal niet bestaat. De vlag dekt de lading stukken beter wanneer men als uitgangspunt zou nemen dat de normale regels van stelplicht en bewijs bij de schadevaststelling wél gewoon van toepassing zijn. Zoals met

¹⁶ Rov. 3.11.

¹⁷ HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304, m.nt. DA onder *NJ* 2004, 305 (rov. 3.5.3 slot).

¹⁸ De Groot en Akkermans, a.w. (zie noot 6).

name *Vehof/Helvetia* en *B./Olifiers* illustreren, kan de aard van de schade echter meebrengen dat aan stelplicht en bewijs minder hoge eisen worden gesteld dan normaal. Zoals we zullen zien doet die situatie zich zeer regelmatig voor, wat de gangbare voorstelling van zaken kan verklaren. De in die situatie toepasselijke regel ware echter beter te beschouwen als een nadere uitwerking van de gewone regels van bewijs, dan als een uitzondering op een uitzondering.

Het zou dus beter zijn om niet vol te houden dat er een categorische uitsluiting bestaat waarop dan weer uitzonderingen worden gemaakt, maar om te erkennen dat in werkelijkheid niet van een categorische uitsluiting van het systeem van bewijsregels sprake is, maar gewoon van een verfijning van dat systeem. Een dergelijke voorstelling van zaken is ook systematisch juist, omdat noch het procesrecht, noch afdeling 10 van titel 1 van boek 6 BW een expliciete wettelijke grondslag bevat om aan te nemen dat de gewone wettelijke regels van stelplicht en bewijs niet van toepassing zijn op de schadevaststelling. Bovendien zou hiermee, nauwkeuriger dan met het proclameren van een categorische uitsluiting, ook beter worden aangesloten bij de regel die de grondslag voor die categorische uitsluiting zou vormen, namelijk de regel dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en de omvang mag schatten van schade die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (art. 6:97 BW).¹⁹ In de regel geldt immers dat hoe concreter het kan, des te concreter het moet.²⁰ Waarom zou dat niet doorwerken in de regels van stelplicht en bewijs in het proces van de schadevaststelling?

6.4 De kern van het probleem met dat paard: de objectieve onmogelijkheid van sluitend bewijs van de vergelijkings-hypothese

Het voorgaande roept de vraag op wannéér precies, in verband met 'de aard van schade', de regels van art. 6:97 BW, namelijk dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en de omvang mag schatten van schade die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, aanleiding geven tot nadere uitwerkingen van de gewone regels

¹⁹ HR 18 april 1986, NJ 1986, 567, m.nt. G.

²⁰ Zie bijv. A.R. Bloembergen, S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen*, deel 1, 3e druk, Deventer: Kluwer 2008, nr. 39; J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2003, nr. 207.

van stelplicht en bewijs. Een in het oog springende categorie gevallen doet zich voor wanneer een of meer aanknopingspunten voor de schadevaststelling niet in het domein van de historische feiten kan worden gevonden, maar moet worden gezocht in het domein van de hypothesen, de veronderstellingen. Het zal geen toeval zijn dat dit ook de achtergrond is van de hiervoor besproken arresten *Vehof/Helvetia* en *B./Olifiers*. Veel voorkomende bewijsproblemen met betrekking tot schade, maar zoals we zullen zien óók met betrekking tot het causaal verband, hangen samen met de noodzaak om een vergelijking te maken met de toestand zoals die zou zijn geweest wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet zou hebben plaatsgevonden. Of het nu gaat om het vaststellen van *condicio sine qua non*-verband of van schade, in beide gevallen moet een 'wegdenkoefening' worden uitgevoerd met dezelfde alternatieve gang van zaken als vergelijkingspunt. Dat vergelijkingspunt is niet de toestand zoals die zonder het aansprakelijkheidscheppende feit was, maar zoals die zonder dat feit *zou zijn geworden*. Niet een historische toestand dus, die werkelijk ooit heeft bestaan, maar een hypothese, een veronderstelling van ons denken. Ik heb dit eerder de 'vergelijkingshypothese' genoemd.

Kenmerkend voor de situaties waarover het hier gaat, is dat die vergelijkingshypothese zich niet met zekerheid laat bepalen. Het kan zijn dat de situatie van de benadeelde zich in dezelfde ongunstige zin zou hebben ontwikkeld, maar zeker is dat niet. Dit heeft grote consequenties voor de mogelijkheid tot het leveren van bewijs. Historische gebeurtenissen hebben plaatsgevonden of hebben dat niet. Dat is zuiver een kwestie van waarheidsvinding. Maar het is niet mogelijk om een hypothetische situatie vast te stellen, om de eenvoudige reden dat zij nooit werkelijk heeft plaatsgevonden. Bij hypothetische gebeurtenissen gaat het niet om 'feiten' die in principe kunnen worden 'bewezen', maar slechts om veronderstellingen, waaraan, in de gevallen waarover het hier gaat, slechts een bepaalde mate van waarschijnlijkheid ten grondslag kan liggen.²¹

21 Dit onderscheid is vrij fundamenteel. Filosofisch gesproken gaat het hier om het verschil tussen *ontische* en *epistemische* onzekerheid. Enerzijds kan de bron van onzekerheid in de dingen zelf liggen. We hebben dan te maken met ontische onzekerheid, ook wel 'objectieve' onzekerheid genoemd. Anderzijds kan onzekerheid te wijten zijn aan een gebrek aan kennis of aan tekortkomingen in onze kennisverwerving. Er is dan sprake van epistemische onzekerheid, ook wel cognitieve, methodische, of subjectieve onzekerheid genoemd. In de praktijk is echter niet altijd uit te maken met welk van beide vormen van onzekerheid men te doen heeft, en doen zich ook mengvormen voor. Zie P.P. Kirschenmann, *Onzekerheid en risico in wetenschap, maatschappij en ethiek* (afscheidsrede VU 2001), VU uitgeverij, Amsterdam, 2001, p. 3-4.

In de praktijk houdt de rechter hier op verschillende manieren rekening mee. We zagen reeds hoe de Hoge Raad in *Vehof/Helvetia* en *B./Olifiers* de drempel voor het door de benadeelde te leveren bewijs van de vergelijkingshypothese lager legde. Maar ook de feitenrechter komt de benadeelde bij deze categorie bewijsproblemen eigenlijk bijna altijd tegemoet wanneer het er werkelijk toe doet. Dat doet hij niet alleen als het probleem in de sleutel is gesteld van de schadevaststelling, maar ook als het in de sleutel staat van het causaal verband. Op het punt van de vergelijkingshypothese is het namelijk zo dat de leerstukken schade en causaal verband elkaar als het ware overlappen.

6.5 De keerzijden van het racepaard: schade en causaliteit als uitwisselbare perspectieven

Nemen wij *Vehof/Helvetia* als voorbeeld. Zoals we zagen werd dit arrest gewezen in de sleutel van het bewijs van arbeidsvermogensschade. De andere door Vehof geleden schadeposten (materiële schade, smartengeld) stonden niet ter discussie. Daarvoor had Helvetia gewoon aansprakelijkheid erkend. Het stond vast dat Vehof na het ongeval geen loonvormende arbeid verrichtte. De vraag lag voor wat de relatie was tussen deze situatie en het ongeval. Vehof kon uit de aard der zaak niet bewijzen dat zij zonder het ongeval zou hebben gewerkt: de vergelijkingshypothese. Deze vraag, naar wat zou zijn geweest in de hypothetische situatie zonder ongeval, kan men, zoals in het processuele debat gebeurde, benaderen als een vraag van het bewijs van schade. Maar deze kwestie had in het processuele debat even goed de vorm kunnen krijgen van een vraag van het bewijs van causaal verband. Namelijk indien het verweer van Helvetia de vorm had gekregen van de stelling dat met déze schadepost (arbeidsvermogensschade) geen causaal verband bestond. Schade en causaliteit zijn hier tot op grote hoogte uitwisselbare perspectieven. Kijkt men vanuit het ongeval naar het niet-werken van Vehof dan ligt de vraag voor de hand of in het bestaan van die situatie wel 'schade' is gelegen. Kijkt men vanuit het niet-werken van Vehof naar het ongeval dan ligt de vraag voor de hand of het ongeval die nadelige situatie wel heeft veroorzaakt.

Deze uitwisselbaarheid van perspectieven is mogelijk doordat 'causaal verband' altijd mét iets bestaat, en 'schade' altijd dóór iets. Hierop wees reeds Bloembergen in zijn dissertatie:

‘Schade is een *causaal* begrip. Daarmee bedoel ik, dat de schade niet te omschrijven is zonder uitdrukkelijk of stilzwijgend in de omschrijving op te nemen, dat zij door een bepaalde gebeurtenis veroorzaakt is. Schade is altijd het gevolg van een zekere gebeurtenis; het is een – nadelige – verandering, die er zonder invloed van die gebeurtenis niet zou zijn geweest. [...] Het is vooral goed zich dit causale karakter van het schadebegrip voor ogen te houden, als er naast de onrechtmatige daad nog een andere schadetoebrengende gebeurtenis in het spel is.²² Men kan dan vaak tweërlei redeneermethode volgen. In de eerste plaats kan men als uitgangspunt nemen, dat er schade geleden is en zich vervolgens afvragen, wat nu de oorzaak van die schade is: de onrechtmatige daad of de andere gebeurtenis. Men kan zich echter ook afvragen: is er wel schade geleden, want zou precies dezelfde situatie niet zonder de onrechtmatige daad ook ontstaan zijn. Een voorbeeld ter verduidelijking: Als het gaat om de vaststelling van de schade, die het gevolg is van een onrechtmatig beslag op een schip, kan als verweer worden gevoerd, dat dit schip toch niet zou zijn gebruikt, bijv. omdat het gerepareerd moest worden. Dit verweer nu kan ingekleed worden in de vorm: er is geen stilligschade, want het schip zou toch niet gevaren hebben, maar ook in de vorm: het causaal verband tussen onrechtmatig beslag en stilligschade ontbreekt, want zonder dat beslag zou het schip ook stil gelegen hebben.’²³

Uit deze uitwisselbaarheid van perspectieven (schadevaststelling dan wel csqn-verband) volgt een bijkomend argument voor de hier bepleite voorstelling van zaken (de gewone regels van stelplicht en bewijs zijn bij schadevaststelling wél van toepassing, maar er gelden nadere uitwerkingen) omdat het anders van de presentatie van het probleem van de vergelijkingshypothese afhangt (als een probleem van schadevaststelling dan wel een van causaal verband) of de regels van stelplicht en bewijs van toepassing zijn. Bij het causaal verband houdt de gangbare doctrine immers in dat deze regels, anders dan bij de schadevaststelling, wél van toepassing zijn.

22 Ik merk op dat Bloembergen hier het probleem te beperkt onder woorden brengt. Het bedoelde probleem doet zich steeds voor wanneer onzeker is dat schade werd geleden, c.q. werd veroorzaakt. Dat is niet alleen het geval bij het bestaan van een ‘andere schadetoebrengende gebeurtenis’: die onzekerheid kan door tal van omstandigheden ontstaan.

23 A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht 1965), Kluwer, Deventer, 1965, p. 14-15. Zie over het causale karakter van het begrip schade voorts J. Ronse, *Schade en schadeloosstelling*, 2e druk, bewerkt door L. de Wilde, A. Claeys en I. Mallems, Story-Scientia, Gent, 1984, nr. 22.

6.6 Bewijslastverlichting bij het bewijs van schade en causaal verband: opvallende overeenkomsten

De sporen van de door Bloembergen onder woorden gebrachte samenhang tussen schade en causaal verband vinden wij terug in de rechtspraak. Nemen wij zowel de rechtspraak over het bewijs van schade²⁴ als over het bewijs van causaal verband²⁵ in ogenschouw, dan vallen grote overeenkomsten op. In beide gevallen komt de rechter de benadeelde regelmatig in zijn bewijslast tegemoet. In de eerste plaats door de drempel voor het bewijs van de vergelijkingshypothese laag te leggen.²⁶ Zowel voor het bewijs van *condicio sine qua non*-verband als voor het bewijs van schade wordt geen absolute zekerheid vereist, maar slechts 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat de schade niet ook ingetreden zou zijn zonder de desbetreffende gebeurtenis',²⁷ respectievelijk 'dat voldoende feiten komen vast te staan waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid'.²⁸ Formeel gaat het hier om verschillende criteria maar ik poneerde reeds eerder de stelling dat zij in de praktijk op hetzelfde neerkomen.²⁹ In het verlengde hiervan komt de rechter de benadeelde zeer regelmatig tegemoet door op grond van feitelijke vermoedens het bestaan van *condicio sine qua non*-verband of schade aan te nemen, al dan niet met expliciete toelating van de gedaagde tot het bewijs van het tegendeel.³⁰

24 Zie het rechtspraakoverzicht in *Onrechtmatige Daad* (oud) II (Bloembergen), nr. 166 en in *Schadevergoeding* (Lindenbergh) Art. 97, aant. 16.

25 Zie het rechtspraakoverzicht in *Schadevergoeding* (Boonekamp), art. 98, aant. 14.

26 Hiertegen zou men kunnen inbrengen dat het in het civiele geding nooit om het leveren van 'wiskundig' bewijs gaat, maar om het overtuigen van de rechter. De rechter dient in het algemeen slechts 'een redelijke mate van zekerheid' te krijgen over het bestaan van bepaalde feiten. Zie Asser, a.w. (zie noot 7), p. 31. Wat precies 'een redelijke mate van zekerheid' is, kan echter variëren. Uit de rechtspraak verrijst duidelijk het beeld dat, zodra aansprakelijkheid eenmaal vaststaat, bij het bewijs van schade en causaal verband in het algemeen eerder aan de vereiste mate van zekerheid is voldaan dan in andere gevallen (bijvoorbeeld het bewijs van de aansprakelijkheidscheppende wanprestatie of onrechtmatige daad). In dezelfde zin (althans voor wat betreft het bewijs van schade, maar ook volgens hem 'doorwerkend' naar het bewijs van causaal verband): I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg 2001), Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2001, p. 116 en voetnoot 33.

27 Zie *Schadevergoeding* (Boonekamp), art. 98, aant. 13.1.

28 Zie *Schadevergoeding* (Lindenbergh), art. 97, aant. 16 en *Onrechtmatige Daad* (oud) II (Bloembergen), nr. 166.

29 Akkermans, a.w. (zie noot 5), p. 115.

30 Op het gebied van het bewijs van causaal verband bestaat voorts uiteraard de 'omkeringsregel'. Ik laat deze hier korthedshalve buiten beschouwing en verwijs naar hetgeen ik daar eerder over schreef (zie noot 5).

Nu geldt het eerste (de drempelverlaging) in het algemeen, en geschiedt het tweede (het tegemoetkomen op grond van feitelijke vermoedens) formeel op ad hoc basis, maar wanneer men de rechtspraak in zijn geheel overziet verrijst daaruit het beeld dat de rechter de benadeelde eigenlijk *bijna altijd wanneer het er werkelijk toe doet* tegemoetkomt bij het bewijs van schade en condicio sine qua non-verband. Zodra vaststaat dat jegens de benadeelde een wanprestatie of onrechtmatige daad werd gepleegd, maar hij bewijsproblemen ondervindt met betrekking tot schade of condicio sine qua non-verband welke 'uit de aard der zaak' voortvloeien (en dus niet in bijzondere, voor zijn risico komende omstandigheden zijn gelegen) lijkt de rechter telkens bereid te zijn om hem op een of andere wijze in zijn bewijsnood tegemoet te komen.

Ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad is deze tendens herkenbaar. We zagen dit al waar het ging om het bewijs van schade in *Vehof/Helvetia*. Met betrekking tot het bewijs van causaal verband is het niet wezenlijk anders. Een goed voorbeeld is het bekende arrest *Zwolsche Algemeene/De Greef*.³¹ In deze zaak ging het processuele debat over het causaal verband tussen een verkeersongeval veroorzaakt door de verzekerde van Zwolsche Algemeene en de arbeidsongeschiktheid van De Greef in verband met door hem ondervonden whiplashklachten. Het hof overwoog:

'Ofschoon iemand die stelt schade te lijden in het algemeen die schade aannemelijk dient te maken, brengt de omstandigheid dat het hier gaat om een syndroom waarvan algemeen bekend is dat dit moeilijk of slechts in beperkte mate tot concreet waarneembare medische stoornissen valt te herleiden, met zich mede dat de eisen die aan het bewijs kunnen worden gesteld niet al te hoog dienen te zijn. Het komt dan – tot op zekere hoogte – voor risico van de veroorzaker van het ongeval dat het oorzakelijke verband tussen ongeval en klachten zich niet rechtstreeks laat aantonen en dat de klachten evenmin te herleiden zijn tot medisch vaststelbare afwijkingen.'³²

Het hof laat de bewijslast inzake het causaal verband bij De Greef, maar oordeelt op basis van bovenstaande bewijslastverlichting dat dit verband voldoende is komen vast te staan. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand:

31 HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433.

32 R.o. 14.

‘Het Hof heeft in overeenstemming met zijn in cassatie niet bestreden uitgangspunt dat in een geval als het onderhavige (een post whiplash syndroom) niet al te hoge eisen aan het bewijs van het oorzakelijke verband tussen het ongeval en de gezondheidsklachten kunnen worden gesteld, tot uitdrukking gebracht dat het ontbreken van een specifieke, medisch aantoonbare verklaring voor de klachten in die zin voor risico van de veroorzaker van het ongeval komt, dat dit niet in de weg staat aan het oordeel dat het bewijs van het oorzakelijk verband geleverd is.’³³

Aan het bewijs van causaal verband worden dus lagere eisen gesteld *omdat* dit bewijs in de categorie gevallen waar het om gaat (whiplash) nu eenmaal moeilijk is te leveren. Het is vooral deze motivering (die in de beslissing van het hof duidelijker naar voren komt dan in het arrest van de Hoge Raad) die maakt dat het belang van dit arrest de bewijslast bij het causaal verband bij whiplash overstijgt. Als uit ‘de aard der zaak’ voortvloeiende bewijsmoeilijkheden redengevend kunnen zijn voor bewijslastverlichting bij whiplash, waarom dan niet ook in andere gevallen?³⁴

6.7 De dader heeft het gedaan: een normatieve grond voor een bijzondere bewijsregel

Zoals we zagen overweegt de Hoge Raad in *Vehof/Helvetia* dat het redelijk is niet te hoge eisen te stellen aan het bewijs van de vergelijkingshypothese, omdat de aansprakelijke partij de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om daarover zekerheid te verschaffen: het uit de race genomen paard van Eykman. Deze overweging heeft betrekking op het bewijs van arbeidsvermogensschade, maar de gegeven motivering geeft hieraan een veel bredere betekenis. Zoals gezegd dienen vragen van schade en *condicio sine qua non*-verband altijd te worden beantwoord aan de hand van de vergelijkingshypothese. Die is naar haar aard nooit vatbaar voor bewijs in de zin van kenbaarheid, maar bestaat per definitie uit veronderstellingen, zij het met soms een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheidsgraad. Maar wanneer die waarschijnlijkheidsgraad door omstandigheden wezenlijk

³³ R.o. 3.5.1.

³⁴ Ik benadruk dat ik hier uitsluitend situaties op het oog heb waarin (1) de aansprakelijkheidsgrond vaststaat, en (2) de bewijsmoeilijkheden van de benadeelde samenhangen met het hypothetische karakter van de vergelijkingshypothese, en niet zijn gelegen in andere, bijzondere omstandigheden die voor zijn risico komen.

minder is dan 99%, dan is dat in zekere zin altijd 'omdat' de aangesproken partij de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om over de vergelijkingshypothese zekerheid te verschaffen.

Op grond van het argument van de Hoge Raad kan de bewijslast bij het bewijs van schade en *conditio sine qua non*-verband dus *altijd* worden verlicht. Voorwaarden zijn slechts (1) dat aansprakelijkheid (althans een aansprakelijkheidsgrond) vaststaat, en (2) dat de bewijsmoeilijkheden van de benadeelde samenhangen met het hypothetische karakter van de vergelijkingshypothese, en niet zijn gelegen in andere, bijzondere omstandigheden, die voor zijn risico komen. Ik meen dat deze algemene bewijslastverlichting zich inderdaad in de rechtspraak laat ontwaren – en niet alleen in de rechtspraak over het bewijs van schade maar ook in die over het bewijs van causaal verband. De rechter presenteert zijn beslissingen hierover weliswaar doorgaans als gebaseerd op de omstandigheden van het geval, maar welbeschouwd is er een structurele achtergrond: de inherente onbewijsbaarheid van de vergelijkingshypothese. Deze bewijslastverlichting gaat naar mijn mening zover dat het uitgangspunt van art. 150 Rv op dit terrein de *facto* zijn status als hoofdregel heeft verloren.³⁵ Op het gehele terrein van het bewijs van schade en causaliteit geldt in werkelijkheid een bijzondere bewijsregel, die een uitzondering vormt op de hoofdregel van art. 150.

Dat neemt niet weg dat ik de redengeving van de Hoge Raad, namelijk dat de dader de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen over de vergelijkingshypothese, wel wat onbeholpen geformuleerd vind. Uiteraard heeft 'de dader het gedaan', maar de grond voor zijn aansprakelijkheid is de normschending waarvoor hij moet opkomen, niet de omstandigheid dat daardoor min of meer toevallig bepaalde bewijsmogelijkheden van de benadeelde verloren zijn gegaan. Een *zelfstandige* grond om in het algemeen de aansprakelijke partij eventueel bestaande onzekerheid over schade en causaliteit toe te rekenen, bestaat niet. Dat is alleen anders in het uitzonderlijke geval dat de gedaagde de eiser in letterlijke zin bewijsmogelijkheden heeft 'ontnomen', bijvoorbeeld door het achterhouden of zoekmaken van bewijsstukken of door het veel te laat reageren op een onjuist geachte gedraging van die ander.³⁶ Maar aan dat soort gedrag

35 Althans in die zin dat die hoofdregel (eiser moet bewijzen) nooit onverkort wordt toegepast wanneer het er echt op aan komt, d.w.z. wanneer er daadwerkelijk bewijsproblemen zijn.

36 Zie HR 15 januari 1993, *NJ* 1993, 179; HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422 m.nt. DA.

kan ook de benadeelde zich schuldig maken. Normaal gesproken treft de aansprakelijke partij dus niet een zelfstandig verwijt dat de benadeelde de bedoelde bewijsmogelijkheid werd 'ontnomen'. Het bewijsprobleem met betrekking tot de vergelijkingshypothese is eenvoudig inherent aan de omstandigheid dat de gang van zaken niet zo is geweest als hij had behoren te zijn.

De werkelijke reden waarom de benadeelde in de rechtspraak structureel tegemoet wordt gekomen bij het bewijs van de vergelijkingshypothese kan als volgt worden begrepen. Van het totaal aantal tot aansprakelijkheid leidende normschendingen doet zich in een bepaalde minderheid van gevallen bij het vaststellen van de vergelijkingshypothese een onvermijdelijke onzekerheid voor. Dat komt in de ene categorie van gevallen vaker voor dan in de andere. Een notoire categorie is bijvoorbeeld de schending van informatieplichten door beroepsbeoefenaren.³⁷ Onverkort vasthouden aan de hoofdregel van art. 150 Rv zou al deze gevallen van inherente onzekerheid volledig voor risico van de benadeelden brengen. Ik wil mij verre houden van de beladen discussie over de verschillende theorieën van bewijslastverdeling die de achtergrond vormt van art. 150 Rv,³⁸ maar ik zie niet hoe die 'benadeling van de benadeelde' zou kunnen worden gerechtvaardigd. Die rechtvaardiging kan mijns inziens in elk geval niet (langer) worden gevonden in het beginsel dat ieder de eigen schade heeft te dragen. Daar gelaten wat heden ten dage de betekenis van dat 'beginsel' nog precies is, in de hier bedoelde situaties is aansprakelijkheid, of althans het bestaan van een aansprakelijkheidsgrond, al komen vast te staan. Ieder moet zijn eigen schade dragen *tenzij* er een deugdelijke grond bestaat om deze naar een ander over te hevelen. Dat 'tenzij' is hier in principe al van toepassing: de onrechtmatige daad of wanprestatie is komen vast te staan.³⁹

Onder deze omstandigheden valt niet in te zien waarom de praktische problemen van de verdere bewijsvoering bij wege van uitgangspunt eenzijdig op de benadeelde zouden moeten worden afgewenteld. In zoverre treft het argument dat 'de dader het heeft gedaan' naar mijn mening doel. Ik zie ove-

37 Vgl. Giesen, diss., p. 503.

38 Zie Asser, a.w. (zie noot 7) p. 42-58; Giesen, diss., p. 87-98.

39 Voor alle duidelijkheid: met betrekking tot die aansprakelijkheidsgrond bestrijd ik de toepasselijkheid van de hoofdregel van art. 150 niet: het is in beginsel eiser die moet waarmaken dat er een aansprakelijkheidsgrond bestaat.

rigens óók niet waarom die problemen bij wege van uitgangspunt eenzijdig voor rekening zouden moeten worden gebracht van de gedaagde, al kan men daar ook anders over denken. Ik zou menen dat het recht hier in beginsel een neutrale positie past. In beginsel, dat wil zeggen behoudens specifieke normatieve overwegingen die voor of tegen een van beide partijen spreken.⁴⁰ Zijn die er niet, dan is de afweging een puur feitelijke, en dan valt niet in te zien waarom één van beide partijen bij voorbaat op achterstand zou moeten worden gezet.

Ik meen dat die neutrale positie ook de positie is die de rechter in de praktijk inneemt. De hoofdregel van art. 150 Rv zadelt eenzijdig de eiser op met het probleem van het bewijs van de vergelijkingshypothese, en daarom wijkt de rechter per saldo structureel van die hoofdregel af. Het zicht op deze werkelijkheid wordt echter nogal vertroebeld omdat dit geschiedt op een groot aantal verschillende manieren.

6.8 Het eind van de rit: voorstel voor een bijzondere bewijsregel voor het gehele gebied van het bewijs van causaliteit en schade

In het voorgaande hoop ik te hebben laten zien hoe de gedachte achter het adagium van het racepaard uiteindelijk tot de conclusie kan leiden dat de hoofdregel van art. 150 Rv de rechtswerkelijkheid op het terrein van het bewijs van schade en causaliteit niet langer goed weergeeft. Gaan we met het racepaard mee tot eind van de rit, dan komen we op een punt waar voor dit gehele terrein een uitzondering op deze hoofdregel zou kunnen worden geformuleerd. De regel zou aldus kunnen worden geformuleerd dat, wanneer de aansprakelijkheidsgrond eenmaal is gegeven, de bewijslast met betrekking tot de vergelijkingshypothese in beginsel op degene rust die zich beroept op een afwijking van de gewone gang van zaken.⁴¹ Deze regel betreft dus de vergelijkingshypothese ongeacht of die inzet is van het bewijs van schade of van causaal verband. Maar hij betreft ook niet méér dan dat: de bewijslast met betrekking tot de feitelijk bestaande situatie waarmee

40 Het toepasselijkheidsvereiste van de omkeringsregel dat een norm is geschonden die specifiek de strekking heeft om te beschermen tegen een bepaald soort risico, en juist dat risico zich vervolgens heeft verwezenlijk, is een voorbeeld van een dergelijke normatieve overweging. Maar ook zoiets als opzet kan aanleiding voor zo'n overweging zijn.

41 Zie Ronse, a.w. (zie noot 22) nrs. 57 e.v. en 63 e.v.

moet worden vergeleken, behoort conform de hoofdregel van art. 150 Rv in beginsel op de benadeelde te blijven rusten.

Bij dit laatste dient men te beseffen dat die feitelijke situatie, behoudens wanneer het gaat om toekomstige ontwikkelingen, doorgaans eenvoudig zal kunnen worden vastgesteld. Het is niet hier waar bij onzekerheid over schade of causaal verband de schoen pleegt te knellen. Maar voorzover dat wél het geval mocht zijn, is de benadeelde voor het leveren van bewijs over die feitelijke situatie in principe de meest gereede partij. Het gaat immers over de omstandigheden waarin hijzelf verkeert.

Samenvattend zou de bedoelde bijzondere regel van bewijslastverdeling als volgt kunnen luiden:

De vraag of door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een bepaalde schade is veroorzaakt, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke situatie na deze gedraging met de hypothetische situatie bij wegdenken van die gedraging. Met betrekking tot de feitelijke situatie rust het bewijs in beginsel op de degene die stelt door die gedraging schade te hebben geleden; met betrekking tot de hypothetische situatie rust het bewijs op degene die zich beroept op een afwijking van de normale gang van zaken.⁴² Aan dit laatste bewijs worden geen strenge eisen gesteld.

De formulering 'of door een [...] gedraging schade is veroorzaakt' beoogt tot uitdrukking te brengen dat de regel van toepassing is zowel bij het bewijs van schade als bij het bewijs van causaal verband. Dit met dien verstande, dat het bij 'het bewijs van causaal verband' gaat om het *condicio sine qua non*-verband, en dus niet om het toerekeningsverband, dat een rechtsvraag betreft die zich als zodanig niet voor bewijslevering leent.⁴³ De formulering dat de desbetreffende vraag moet worden beantwoord 'door vergelijking van de feitelijke situatie na deze gedraging, met de hypotheti-

42 Uiteraard zal, indien partijen daarover van mening verschillen, de rechter moeten uitmaken wat in casu 'de normale gang van zaken' is. Dat vergt echter niet een ander oordeel dan wat de rechter nu velt bij het begroten van de schade/het vaststellen van csqn-verband.

43 Hartkamp heeft wel voorgesteld om met betrekking tot deze vraag te spreken van 'argumenteerlast' in plaats van bewijslast. Zie zijn Conclusie voor HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 (informed consent) onder 7.

sche situatie bij wegdenken van die gedraging' is rechtstreeks ontleend aan *Vehof/Helvetia*. En de slotzin 'Aan dit laatste bewijs worden geen strenge eisen gesteld' beoogt recht te doen aan de omstandigheid dat het bij de vergelijkingshypothese niet gaat om 'feiten' die in principe sluitend kunnen worden bewezen, maar om veronderstellingen waaraan slechts een bepaalde mate van waarschijnlijkheid ten grondslag kan liggen. Er is geen reden om alleen lagere eisen aan dit bewijs te stellen wanneer het op de benadeelde rust: omdat het uitgangspunt dat de bewijslast op de benadeelde rust als zodanig is verlaten, is een 'compensatie' in de vorm van een eenzijdige tegemoetkoming niet meer nodig. Net zo goed als de benadeelde zal ook de gedaagde de vergelijkingshypothese slechts in termen van waarschijnlijkheden aannemelijk kunnen maken.⁴⁴ Zoals gezegd gaat het hier slechts om een neutraal uitgangspunt: naargelang de omstandigheden van het geval kunnen feitelijke vermoedens en normatieve overwegingen aanleiding zijn de balans in het voordeel van één der partijen te verschuiven.

44 Uiteraard kán deze waarschijnlijkheid zo groot zijn dat het onderscheid met 100% zekerheid uitsluitend nog theoretisch is. In dat soort gevallen spelen de hier besproken problemen echter niet.